

24/4/17

DE NUEVO SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LAS HUELGAS: CUANDO TODOS PAGAMOS

Lidia M R Garrido Cordobera

Lamentablemente hemos escrito en mas de una oportunidad sobre este polémico tema donde estamos sin duda frente a derechos fundamentales y muchas veces el daño se produce a terceros que quedan atrapados en la disputa por su pertenencia a la sociedad en la que se desenvuelve el conflicto.

Defiendo el derecho de huelga pero defiendo el derecho a educarse o a transitar libremente, lo difícil es encontrar la equidad en este permiso a dañar que se da en la CN pero de ningún modo de manera irrestricta-

En materia de educación recordemos el Amparo interpuesto por los padres y resuelto por *STRN Epte 23597/09 F,S- S/ Amparo y acumulados- Docentes . Medidas de Fuerza Garantía de 180 días de clase anuales- Huelga por tiempo indeterminado*

Veamos algunas de las ideas que ya hemos sostenido a la luz del CCC

1. Introito

Decíamos “Hemos sostenido reiteradamente en trabajos, ponencias y desde la cátedra, que asistimos a los nuevos albores del sistema de la responsabilidad civil, o mejor dicho al desenvolvimiento del derecho de daños, y que los límites tradicionales entre las disciplinas se desdibujan y se intenta abordar los temas de una manera omnicompreensiva, planteándose cuestiones que años atrás eran solo referencias del derecho comparado.

Además la reacción del hombre frente al daño ha cambiado, ya no se acepta que este sea el producto de la fatalidad o del destino, se persigue su reparación. Tal extremo es y debe ser captado por el derecho si no quiere ir a la zaga de las situaciones en vez de acompañar al hombre moderno en sus circunstancias.

Podemos con orgullo decir que desde hace años similar línea evolutiva se observa en la doctrina argentina y en nuestra jurisprudencia que a muchas veces deben adaptar viejas normas a nuevas realidades, para de esta manera cumplir con la captación del derecho vivo y el fin social de la disciplina que hemos abrazado”. Creo que suscribo cada una de las líneas nuevamente

También sosteníamos que “estamos transitando de un sistema de responsabilidad netamente individual a uno colectivo, producto del aumento de la nota de solidaridad social que impera en el derecho de los daños y la captación de los riesgos sociales como resarcibles.

En esta línea de pensamiento es que consideramos además que aparte del daño individual existe con rango propio, lo que se ha denominado daños colectivos, que cubren un sinnúmero de fenómenos

que la sociedad actual presenta con acuciante realidad; dicha categoría detenta una singularidad y una estructura conceptual que nos permite hablar de su resarcibilidad¹”.

Debemos decir que el CCC en sus fundamentos reconoce la dimensión colectiva y expresamente lo consagra en el art 14 aunque este ha sido retocado de su versión original los intereses colectivos y los intereses individuales mantienen su vigor y deben coexistir. Sin embargo lamentamos la supresión de los artículos específicos de daños de incidencia colectiva ex 1745 y a los denominados individuales homogéneos ex 1746

2. Un poco de historia: Tratamiento del tema en las Jornadas de Civilistas

Traigo estas líneas como recuerdo y a modo de ejemplo para que se vea que no es algo extraño de plantar que Modart y los saqueos después de las manifestaciones huelguistas o los daños a las fábricas siempre nos ocuparon y preocuparon a los civilistas.

Las “II Jornadas Mendocinas de Derecho Civil”, realizadas del 18 al 20 de abril de 1991, le asignaron expresamente el tratamiento a la comisión n° 4, del tema Reparación de los daños ocasionados por las huelgas.

Si bien no pudimos concurrir a dicha reunión científica, enviamos una ponencia, y en sus conclusiones establecíamos:

1) La huelga es un derecho constitucional pero su ejercicio no es absoluto

2) Se debería establecer una norma expresa de la responsabilidad de los gremios y sus dirigentes por los daños que se puedan considerar anormales o abusivos

3) Nuestro sistema en virtud del estado de derecho, las normas del Código Civil y los principios rectores del derecho de daños establece la responsabilidad por la huelga.

4) Si el ejercicio del derecho de huelga es abusivo genera la responsabilidad del gremio (y de sus dirigentes) en virtud del factor objetivo abuso del derecho

5) Esa responsabilidad opera frente al empleador por los daños que no encuadran en la consecuencia necesaria y directa del desempeño normal de este derecho, pues lo contrario sería responsabilizarlo por el riesgo de actividad que debe ser soportado por el empleador.

6) Frente a los terceros el empleador no puede alegar para el incumplimiento contractual caso fortuito o fuerza mayor cuando el ejercicio es normal, pues es un riesgo previsible y se halla ligado a la actividad.

7) El gremio responde frente a los terceros (en virtud del estado de derecho estamos en colisión de dos derechos constitucionales) porque nadie puede dañar a otro. La responsabilidad es objetiva

¹ Garrido Cordobera, Lidia M. R., “Los daños colectivos y la reparación” (tesis doctoral 1992).

basada en el ejercicio abusivo de un derecho o en el riesgo creado según las circunstancias del caso.

8) La responsabilidad de los dirigentes y el gremio es in solidum frente a la víctima.

9) Una vez satisfecha la obligación de indemnizar el gremio y/o los dirigentes pueden accionar contra el autor o grupo causante de los daños.

10) De establecerse un supuesto de actuar de grupo determinado y autor indeterminado operara la responsabilidad colectiva (Art. 1119, Cód. Civil)

En el despacho de la comisión que tuvo comp. Presidentes los doctores Luis Moisset de Espanés y Alberto J. Bueres, que integraron junto con los doctores Diego Boulin, Carlos Parellada, Luis Leiva, Enrique Banchio, Roberto Brebbia, Juan Jose Cassiello, Mercedes Laplacette y Sascha Von Lapcevic la comisión redactora, realizaron un exhaustivo y meduloso despacho que servirá como guía a nuestra jurisprudencia y para continuar con los estudios doctrinarios.

Podemos citar a modo de ejemplo que se estableció de lege lata, que el derecho de huelga tiene rango constitucional, aunque ellos no excluye que si ejercicio debe compatibilizar con la existencia de otros derecho (p. 1); el deber de resarcir los daños causados constituye un capitulo dentro del derecho de daños y como tal se rige básicamente por las normas del derecho civil, sin perjuicio de tener en cuenta las exigencias sociales propias de la materia.

Con respecto a la indemnización de los daños el p. 7 origino dos despachos que establecieron: el despacho A, que los daños normales ocasionados por una huelga lícita o legítima no deben ser indemnizados, mientras el despacho B recalca que frente a los terceros existirá responsabilidad sin distinguir que tales daños sean normales o no.

Por unanimidad se estableció un principio que consideramos básico con respecto ala legitimación activa, asignándole la misma tanto a los terceros, como al empleador o los trabajadores que sufran el perjuicio (p. 8).

En cuanto a los legitimados pasivos lo serán la asociación gremial, sus órganos y los trabajadores participantes; existiendo un contrato frente a terceros, el empleador si no puede alegar la causa ajena (p. 9).

Con respecto al factor de atribución se noto la clásica división presente en los últimos congresos entre los sostenedores de la responsabilidad objetiva (despacho A con diferentes vertientes) y la responsabilidad subjetiva (despacho B) (p. 10). Pero ambas líneas coinciden en señalar la naturaleza extracontractual de la responsabilidad; para alejar cualquier tipo de duda se centraron luego en la cuestión de la prescripción (p. 11), tratando también la Comisión Redactora el arduo y polémico tema de la responsabilidad estatal, dando lugar a un interesante dictamen (p. 12).

Finalmente, de lege ferenda se recalco que es conveniente legislar sobre algunos aspectos de esta problemática, ya que en nuestra normativa vigente no resultan suficientemente precisos, dada su importancia en los planos jurídico, político, social y económico.

2. La huelga y algunos de sus problemas

La cuestión de la huelga y su planteamiento nos enfrenta a la vez a una cuestión de hecho, de orden jurídico y hasta de pugna axiológica. De por sí el tema nos sitúa en la necesidad de acudir como ocurre en la mayor parte de los supuestos modernos a una óptica interdisciplinaria, transdisciplinaria o de ser posible sistémica.

En el mismo se van a entrecruzar el derecho civil, el derecho constitucional, el derecho político, la economía, el derecho laboral, el derecho administrativo y hasta la sociología; nadie estará ausente ante este fenómeno de pequeña, mediana o gran magnitud.

Podemos recordar la disertación pronunciada por la doctora Aída Kemelmajer de Carlucci el 9 de agosto de 1990 en Buenos Aires, al incorporarse a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, donde recalca la convergencia².

La citada jurista señala con acierto, recordando a la Carnelutti, que el derecho vivo, la realidad del derecho, no está en las partes singulares sino en el todo. Es por esto que debemos obtener una visión jurídica global si aspiramos arribar a soluciones jurídicas coherentes.

Cada rama involucrada vera la cuestión o el problema desde su óptica y desde sus principios, y tendera a resolverla de la manera que a su criterio sea la mas adecuada, pero la realidad social es una; el objeto del derecho todo es, en definitiva, la conducta humana, y él debe tender a ser un instrumento ordenador de la vida social, intentando realizar el valor justicia o en su defecto la equidad.

Situándonos en la óptica amplia del derecho de daños que tiende a la prevención y a la distribución de perjuicios, las barreras o costo disciplinarios desaparecen frente al nucleamiento de todos los fenómenos potencial o efectivamente dañosos.

El fenómeno de la huelga aparecerá como una cuestión o un hecho mas o menos constante en las sociedades, y aun en aquellas que como la nuestra lo consagran como un derecho, se debe plantear necesariamente si los daños que dicho actuar produce deben ser soportados o resarcidos, admitiendo desde ya que hay una serie de situaciones que contemplar.

Además toda alusión a los de medios de acción directa y ala huelga hacen referencia a los medios de autodefensa o autocautela colectiva, pues se trata de cuestiones eminentemente vinculadas con el surgimiento, desarrollo y reconocimiento de las organizaciones sindicales en las sociedades industriales y postindustriales.

² Kemelmajer de Carlucci, Aída, "*Daños y perjuicios producidos por las huelgas*" (separata).

En esa pugna del acertamiento total o parcial de estos intereses colectivos o sectoriales vamos a ver alterada no solo la denominada paz laboral y si no hasta la convivencia social, pudiendo afectar a otros intereses colectivos o supraindividuales.

Según lo anticipó Jean Rivero y lo ratificaran Baylos Grau, la huelga en las sociedades actuales ha dejado de ser un simple enfrentamiento entre dos partes (trabajadores frente a los empleadores o al Estados) ya que además existe un tercer afectado o protagonista: el publico, que es según Corte un sujeto pasivo indirecto que a raíz de la huelga y sus repercusiones puede y comúnmente resulta afectado en algunos de sus derechos, también protegidos y garantizados constitucionalmente.

Creemos que el derecho se debe hacer cargo de tal situación y que pese a tener en nuestro sistema establecido el derecho de huelga, también lo están el de trabajar, el de circular libremente, el de propiedad, y todos aquellos derechos que generalmente aludimos al hablar de la calidad de vida, Por otra parte existen entre los derechos implícitos consagrados en la amplia norma del Art. 33 de nuestra Carta Magna el reconocimiento a los derechos de la sociedad en su conjunto realmente dignos de producción.

Recordemos una vez mas la fundamentación de Mitre en la Convención Constituyente de que el derecho moderno no solo legisla para el individuo sino para el pueblo como entidad colectiva y tiende al desarrollo de un proyecto social consagrado en la legislación para lograr esa calidad de vida.

Es por esto que la huelga como hecho sociológico y jurídico debe lograr un cauce adecuado entre los distintos intereses en pugna, y el derecho de daños debe cumplir con sus directrices y proteger a las victimas de un daño injusto, aunque habrá como veremos, que distinguir las victimas y los tipos de daños.

Recordemos que la huelga ha sido admitida solo paulatinamente como hecho lícito.

Recién desde la mitad del siglo XIX se puede hablar de libertad de huelga y finalmente en nuestro siglo del derecho de huelga, pues se transforma en ello cuando no solo no se prohíbe sino que se la permite y hasta se la consagra expresamente. Pese a tal situación han sido varios países que obligados por los hechos han suspendido su ejercicio en algunas circunstancias³.

Se suele señalar que desde el punto de vista eminentemente practico la huelga no es sino el medio de coacción colectiva de que se valen los trabajadores, para constreñir al empleador para que acceda a las pretensiones que motivan al conflicto⁴.

Para González Calderón la huelga seria el exponente clásico del eterno conflicto entre el capital y el trabajo, que al generar una crisis que por cierto se presentan a veces como agudas, plantean cuestiones

³ Krotoschin, Ernesto, *“Tratado practico del derecho del trabajo”*, , t. II, p. 196 y ss Depalma, Buenos Aires, 1981/87

⁴ Martorel, Ernesto E., *Responsabilidad de los sindicatos por las huelgas abusivas*, LL, 28/2/91

de muy difícil solución, llegando a afectar inclusive los intereses públicos⁵.

Si intentáramos conceptuar o definir la huelga lo primero que tendríamos que señalar es que el término no es unívoco, tanto en la doctrina y jurisprudencia como en aquellas legislaciones del derecho comparado que la tipifican.

Siguiendo la exposición de Kemelmajer de Carlucci, en sentido amplio con la huelga se alude a la abstención o el abandono colectivo y temporal del trabajo concertado por los trabajadores para secundar la reclamación planteada, recordando también la jurisprudencia constante en Francia que es la cesación colectiva y concertada del trabajo en visita de alcanzar éxito en las reivindicaciones profesionales⁶.

Conforme a lo expresado por la autora son formas de huelga aunque irregulares: el paro, el paro por secciones, el trabajo a desgano, el trabajo a reglamento, la huelga de brazos caídos, la huelga con ocupación y la neurálgica.

Para Ernesto Krotoschin cuando mas concretamente se defina la huelga, tanto mas restricciones suele implicar, pero advierte al respecto que muchas veces esto apunta no a negar la huelga como hecho sociológico e inclusive jurídico sino su legalidad⁷.

Puntualiza además que no se debe confundir nunca el problema de la definición de la huelga con el problema de la licitud o legalidad.

Para él todas las definiciones tienen en común ciertas características: el elemento colectivo y concertado, el factor volitivo, el fin de reivindicatorio de tipo profesional, no importar la duración y poder dirigirse contra personas que no están en relación directa con los huelguistas (son las llamadas huelgas de solidaridad y la de la simpatía).

Coincide también en incluir en el tratamiento general los diferentes tipos que han aparecido en la segunda mitad del siglo XX, que se caracterizan por una táctica nueva, cuyo objeto esencial es economizar las fuerzas obreras pero aumentando los inconvenientes para la forma empresarial⁸.

En un pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical la O.I.T. ha ido mas allá y ha sostenido que los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante la huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa e interesan directamente a los trabajadores.

Pero para algunos criterios doctrinales y jurisprudenciales es esencial que la abstención se realice con abandono de los lugares de

⁵ González Calderón, Juan A., *Derecho constitucional*, 3° Ed., t. II, p. 185. Buenos Aires, 1930/31,

⁶ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Daños...*, cit.

⁷ Krotoschin, Ernesto, *Tratado...*, cit., p. 202.

⁸ Krotoschin, Ernesto, *Tratado...*, cit., p. 209

trabajo, por lo que las formas irregulares no enmarcan en el concepto de huelga.

En la noción restrictiva la huelga abarca las medidas de acción directa consistente en el ceses o la abstención total de la prestación laboral, concertada y colectiva, sin presencia en los lugares de trabajo; su objetivo ha de ser el planteamiento de reivindicaciones laborales o profesionales, sin contenidos políticos, con un destinatario natural que no será otro que el empleador, y como veremos mas adelante, se sustenta que sólo puede ser declarada por una asociación sindical o profesional de trabajadores.

Pese a las diferencias ambas concepciones excluyen en el ejercicio del derecho de huelga el uso de la violencia, aunque lamentablemente en la realidad, la acompaña muchas veces.

También se excluyen las huelgas políticas por considerar que no se puede ejercer presión sobre el Estado en cuanto cumple funciones de Gobierno y contrariaría el normal funcionamiento de las instituciones. Sin embargo existe una gran dificultad al aceptar los intereses económico-sociales, que obligan al análisis de cada caso concreto, apartando a priori: las que carecen de toda relación con la situación de los trabajadores; seria, dice Krotoschin, "... inconstitucional (y hasta sediciosas) Cualquier medida de fuerza que persiga el fin de inducir a una autoridad constitucional para que actúe o deje de actuar de cierta manera"⁹

3. La cuestión de quién es el titular del derecho de huelga

En Doctrina, legislación y jurisprudencia comparada, se han sustentado concepciones diversas en lo que se refiere a la titularidad del derecho de huelga, es decir a la determinación del sujeto activo legitimado por el ordenamiento jurídico para declararla.

Hay que tener en claro que la cuestión no es puramente teórica, pues nos lleva directamente a los temas de licitud y al de los límites de la huelga, así como también al sujeto responsable de ciertos daños.

Como bien señalara Kemelmajer de Carlucci, existen dos respuestas extremas: la concepción orgánica que significa que el titular de la huelga es el sindicato, y la denominada concepción de libertad individual de expresión colectiva, que sostiene que los titulares son trabajadores; recuerda que en opinión de Sinay-Javillier encuadra en el primer sistema las legislaciones de Estados Unidos y Alemania, mientras que en la segunda posición se encuadra la de Francia¹⁰.

La doctrina laborista ha enunciado esquemáticamente cuatro tesis al respecto: a) la teoría de la titularidad sindical; b) la de la titularidad individual; c) la de la doble titularidad, y d) la de la titularidad gremial.

La teoría de la titularidad sindical, que como ya hemos dicho corresponde a una concepción orgánica, considera que el derecho de

⁹ Krotoschin, Ernesto, Tratado..., cit., p. 225.

¹⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aida, *Daños...*, citada

huelga constituye una manifestación sustancial de la libertad sindical en el plano colectivo; los titulares naturales del mismo son los propios sindicatos organizados legalmente y reconocidos como tales; ellos monopolizan el ejercicio de este derecho.

La teoría de la titularidad individual considera que el derecho de huelga es un derecho subjetivo atribuido *uti singuli* a cada trabajador en concreto, formando parte de su patrimonio jurídico personal y exclusivo, si bien dada su naturaleza y características esenciales de requerir una acción concertada, su ejercicio será por definición colectiva (incluyéndose las denominadas huelgas espontáneas que para la tesis anterior son salvajes).

La teoría de la doble titularidad ha sido sustentada como una posición eléctrica, para no desvincular a las organizaciones sindicales aun al admitirlo como un derecho singular de los trabajadores.

Se dice que la tesis de la titularidad gremial ha sido elaborada por la doctrina latinoamericana; ésta considera que el derecho de huelga constituye un derecho del grupo, cuyo interés colectivo se autotutela mediante la realización de las medidas de fuerza y por ende superior al derecho individual de los trabajadores que lo integran. Por lo tanto su titular es el grupo profesional interesado en el conflicto colectivo.

Todo lo que hemos expuesto debemos relacionar con nuestro derecho positivo, donde la Constitución nacional, en su Art. 14 bis, consagra el derecho de huelga.

En el texto Constitucional se alude a "... los gremios...", y se ha planteado una polémica interpretativa para saber si los constituyentes han utilizado el vocablo como sinónimo de sindicato o el criterio genérico aludiendo a cualquier agrupación de trabajadores, sindicados o no.

En su citada exposición, Aída Kemelmajer de Carlucci señala que un importante sector de nuestra doctrina sostiene que al asegurársele al trabajador "... la organización sindical libre y democrática...", sería inconstitucional todo intento de monopolizarla en quien goza de la "...personería gremial".

Los antecedentes parlamentarios parecen apoyar esta tesis amplia, teniendo en cuenta lo dicho por el miembro informante de la Comisión de Derecho Sociales, Carlos Bravo, y además por lo que recordó Alfredo L. Palacios respecto de la primera huelga realizada en el país – la de los tipógrafos, en 1878 – que se llevara a cabo por un grupo informal de trabajadores no sindicalizados.

Las posiciones encontradas tienen entre los doctrinarios muchos defensores, y se distinguen entre los que sostienen la titularidad gremial, Ernesto Krotoschin, Guillermo Cabanellas, Justo López, Guillermo A. López, Rodolfo Nápoli, Juan Ramírez Gronda, Juan C. Goyena y Néstor Corte, entre otros; y aquellos que sostienen en cambio la titularidad sindical, que toman como antecedente las expresiones del convencional constituyente Corona Martínez, sustentándola autores como Antonio Vázquez Vialard, Raúl Altamira Gigena y Mario Deveali.

Para concluir la cuestión podríamos decir con Kemelmajer de Carlucci que gremio, sociológicamente es el grupo de todos los

trabajadores que desempeñan una actividad determinada, y que sindicato encierra un concepto jurídico, pues es el mismo grupo total o parcialmente formalizado.

Veríamos, como dice Corte, que la teoría de la legitimidad gremial de la huelga no es óbice para que en ciertos supuestos, la legitimidad de su ejercicio requiera la actuación o el respaldo de un sindicato con personería gremial, aunque no lo requerirá en todos los conflictos, cualquiera que sea su objeto¹¹.

Además, recordemos la advertencia que hace varios años realizara Krotoschin acerca de que las denominadas huelgas salvajes o huelgas no oficiales son sociológicamente bastante frecuentes y cumplen una función de alarma, al ser indicio de un debilitamiento de la influencia y el poder sindical, o de un alejamiento de los trabajadores de su cúpula.

4. El Derecho de huelga y los límites

Es costumbre al abordar el tema recordar la afirmación de Calamandrei; en el sentido de que desde el momento en que se ha aceptado que la huelga sea reconocida como un derecho, ello implica necesariamente aceptar la prefijación de ciertas condiciones o restricciones al ejercicio del mismo.

De esta manera, y en relación con el ejercicio de huelgas, la doctrina predominante ha considerado aceptable que cuando se pudiese ocasionar riesgos o perjuicios al interés público o general de la sociedad, el Estado esta legitimando para intervenir y fijar limitaciones al mismo, en salvaguarda de la comunidad.

Hay autores, como señala Néstor Corte, que no obstante el cambio histórico operado desde la aparición de la huelga y del rol asumido por el Estado – como garante de la paz social—, sostienen la posición de justificarla ética y jurídicamente, pues ella no ha perdido vigencia; es como si se hablara de un derecho natural a la huelga o un derecho al conflicto, que es inclusive anterior a toda regulación jurídico-positiva¹².

Pese a esto afirma Valdes Dal-Re que si todo derecho nace con un límite, el derecho de huelga no es una excepción, no es la expresión de una libertad plena y absoluta.

Esto significa que aunque esté consagrado constitucionalmente, como en nuestro caso, no es de manera alguna incondicional u admite la fijación de reglas de juego: situarlo en su espacio natural y propio para el ejercicio legítimo.

La doctrina italiana moderna ha introducido la diferenciación entre límites externos y límites internos; para Gino Giugni los primeros serían los que se relación con los eventuales conflictos entre el derecho de huelga y otros intereses constitucionalmente tutelados, u se justifican en la necesidad de coordinar los principios constitucionales; los segundos derivan tanto de la jurisprudencia como de la doctrina.

¹¹ Corte, Néstor T., *Regulación de la huelga en los servicios esenciales*, p. 44 Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991

¹² Corte, Néstor T., *Regulación... cit.*, p. 11

La limitación del derecho de huelga resulta viable jurídicamente y necesario socialmente, pues hay un sujeto – la comunidad—que también debe ser protegida.

En los servicios esenciales la confrontación es notoria, pues se produce entre los participantes de la huelga y la comunidad que se ve privada de los servicios que resultan esenciales (por ej., servicios de salud, agua, transporte, comunicación, educación)¹³.

No podemos pasar por alto aquí el art 10 CCC de ejercicio abusivo del Derecho que creo es aplicable en concordancia con los principios emanados de los PDH.

Estoy justamente pensando en los Derechos de los Niños/as y Adolescentes a recibir una educación de calidad, de sus padres a que sus hijos sean educados en colisión con los derechos a un salario digno art 14 bis CN y al ejercicio de la huelga como instrumento para lograrlo pero cuyo ejercicio no puede ser abusivo (art 10 CCC).

Ver STRN Epte 23597/09 F,S- S/ Amparo y acumulados- Docentes . Medidas de Fuerza Garantía de 180 días de clase anuales- Huelga por tiempo indeterminado. Aun con Código anterior

5. La Huelga y el carácter jurídico de los daños

Es cierto que entre los laboristas existen pocas referencias a la huelga como productora de daños y que la mayor parte de los civilistas la incluyen cuando analizan en caso fortuito o la fuerza mayor, pero tanto en doctrina como en jurisprudencia pareciera acaecer el nacimiento de un nuevo paradigma.

La jurisprudencia francesa ha sido rigurosa hasta 1983 en sostener que no configura fuerza mayor, pues a) no es un hecho imprevisible; b) no es irresistible; c) no genera imposibilidad de ejecutar la obligación asumida; d) no es exterior a la empresa.

¹³ específicamente al decreto 2184/90 del 16 de octubre, que reconoce como marco legal las leyes 14.786 y 16.936 (modificada por la ley 20.638) así como el decreto 4973/75, que instituyen procedimientos destinados a prevenir o, en su caso, encauzar los conflictos de trabajo producidos, tanto en la actividad privada como en los servicios de interés general, dándose como fundamento constitucional los dispositivos contenidos en los incs, 1° y 2° del Art. 86

El aludido decreto 2184/90 establecía aquellos servicios que se consideran esenciales, apuntando para su conceptualización a aquellos cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la salud, la libertad o la seguridad de parte de la población o de las personas en particular, con un tipo abierto (art. 1°), competencia del Ministerio de Trabajo para calificar la conducta y ver si es de aplicación esta norma u encuadrar el conflicto (arts. 2° y 3°), la necesidad de preaviso, de plazo y de modalidades de la acción directa (art. 4°), la prestación de los servicios mínimos y su regulación (arts. 5°, 6°, 7° y 8°), el sometimiento a arbitraje obligatorio (art. 9°), la declaración de ilegalidad de las medidas (art. 10°), las sanciones a las asociaciones sindicales que alienten o apoyen medidas de acción directa consideradas ilegales (art. 11°), posibilidad de extenderlo a la administración pública centralizada o descentralizada (art. 12°) y la designación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social como autoridad de aplicación.

Al ligarlo al tema de los servicios prestados por el Estado, Aída Kemelmajer de Carlucci expresa que en su opinión "... hay que analizar si, de conformidad con las circunstancias fácticas, la huelga configuro un hecho imprevisible inevitable, extraño a la empresa, etc...." ¹⁴., "... si no aparecen estos caracteres el Estado debería responder a los administrados del mismo modo que el particular frente a sus co-contratantes, pero recordemos la existencia de la Ley nacional de Responsabilidad del Estado que prácticamente blinda las cuestiones de responsabilidad patrimonial

También hay que recordar que en opinión de algunos autores, para que la huelga sea lícita debe reunir los siguientes recaudos: a) haber sido declarada por el organismo al cual la ley concede el derecho; b) cumplir con los convenios colectivos y las reglamentaciones vigentes; c) responder a la defensa de intereses profesionales; d) que los medios elegidos no contraríen la moral, las buenas costumbres y el orden público.

La cuestión es saber si podemos aplicar, como lo dijéramos el derecho de daños a la situación que hemos venido describiendo, que tipos de daños podremos tener, así como saber su reparabilidad o no u quienes serán los responsables.

En tal sentido hemos sostenido desde 1985 que este supuesto de los daños provenientes de las huelgas con movilización o las generales, así como también las que afectan a los servicios esenciales, se podrían encuadrar perfectamente en supuestos de daño colectivo.

Coincidiendo con ello podemos citar a Zavala de González diciendo que "... significa toda una revolución comprender que la producción de un daño puede tener carácter de difuso (despliegue de las actividades grupales en lugar de las clásicas actividades individuales) y que hay perjuicios intrínsecamente difusos desde la perspectiva pasiva (afectan elencos de personas o masivamente a toda la humanidad)" ¹⁵.

Pero es conveniente que recalquemos que la existencia de un daño colectivo no obstaculiza a que exista un interés individual damnificado que pueda obtener una reparación.

En el supuesto de la huelga muchas veces el ejercicio de este derecho de los trabajadores (art. 14 bis) ocasionara un perjuicio individualizado en la propiedad del empleador (garantizado por el art. 17 de la C N).

Aída Kemelmajer de Carlucci señala que la huelga "... es un derecho que para ser eficaz tiene que producir algún daño, es decir que el ordenamiento lo concede con el conocimiento o la certeza de que el ejercicio afectara derechos de otros. La finalidad misma de la huelga conlleva alguna nocividad.

¹⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída, *Daños...*, cit.

¹⁵ Zavala de González, Matilde M., *El daño colectivo*, en Trigo Represas, Félix A., y Stiglitz, Rubén S. (dirs), "Derecho de daños", primera parte, p. 440, La Rocca, Buenos Aires, 1989.

Pero ante la colisión de dos derechos constitucionales la doctrina ha considerado que en virtud del ejercicio de un derecho legítimo no se puede causar un perjuicio desmedido, a la vez que establecer la obligación de indemnizar en todos los casos implicaría limitar el ejercicio del derecho de huelga por una vía indirecta.

En busca de una solución se ha sostenido que se deben distinguir diversas situaciones ligadas con el ejercicio del derecho de huelga: si es por tiempo determinado o indeterminado, parcial o total, típica, por secciones, trabajo a desgano, a reglamento, de brazos caídos, con ocupación, neurálgica, progresiva, rotativa, japonesa¹⁶.

En el sistema una huelga debe responder a la defensa de los intereses profesionales, su razón y su forma de ejecución no deben contrariar el orden público y cumplir con la reglamentación existente.

Es oportuno distinguir entre los daños nacidos de las huelgas, los daños normales u ordinarios y los daños anormales o extraordinarios, Los primeros se originan en las huelgas regulares y se encuentran al menos en principio aparentemente justificados; los segundos son también llamados innecesarios y se suelen considerar los daños provenientes de las huelgas ilegales, por exceso, o abuso en las regulares.

Se suelen incluir entre estos daños anormales: los que los huelguistas produjeron haciendo cosas que la organización no ordeno o no lo hizo específicamente, o daños que tienen su génesis en conductas que estatutariamente no podrían ser ordenadas.¹⁷

También existen en nuestro derecho autores como Ramírez Bosco que no distinguía la licitud o ilicitud de la huelga y hacen lugar a la obligación de responder por los daños independientes de la antijuridicidad.¹⁸

Creemos que queda demostrado que a priori no le podemos negar el derecho de daños la imperiosa necesidad de ocuparse de la cuestión; esto, como bien señala Mosset Iturraspe, no apunta a menoscabar el ejercicio del derecho ni a constituir una amenaza velada, tiende a separar la violencia de la actuación de los derecho, a respetar el derecho de los terceros a no ser dañados y a dar una adecuada respuesta a las víctimas¹⁹.

6. La responsabilidad por los daños

¹⁶ Corte, Néstor T., *Regulación...*, cit., p. 19 y ss

¹⁷ Mosset Iturraspe, Jorge, *Responsabilidad por daños*. "Responsabilidad colectiva", , p. 159. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992

¹⁸ Ramírez Bosco, Luis, *Derecho de huelga*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990

¹⁹ Los dos fallos sobre responsabilidad que existen en nuestro derecho de huelga: "Operaciones Especiales Arg. S.A. c/Sindicato Petrolero Neuquén s/sumario", cuyo comentario realizara para La Ley Juan C. Poclava Lafuente, y el fallo del doctor Catardo que condena al Sindicato Unión de Obreros y Empleados Municipales a resarcir al empresario artístico los daños causados, demuestran que en nuestro ordenamiento jurídico existe la convicción de un deber sindical de responder por los daños que causen las huelgas en la medida que sean abusivas

Como ya reseñamos, acaecida la huelga es inevitable la producción de daños al empleador y generalmente a terceros, pero hay que distinguir cuando estos daños deben ser soportados y cuando generan obligación de reparar.

Si establecemos a priori que existía ese deber de reparar en virtud del Estado de Derecho (normas de la Constitución Nacional) y los principios del derecho de daños, deberemos analizar cual es el factor de atribución que la sustenta.

Debemos decir que el empleador debe soportar los daños que sean consecuencia directa y necesaria de un desempeño normal del derecho de huelga, por ejemplo, la merma de producción; pero no está obligado a soportar los daños a sus bienes o perjuicios extraordinarios.

Lo que apuntábamos entraría en lo que se denomina en la economía riesgo de actividad, concepto que el derecho ha aceptado para imputar en algunos supuestos la responsabilidad objetiva y para distinguir el caso fortuito extremo del que está ligado o insito.

Con respecto a los daños o perjuicios extraordinarios creemos que ante estos supuestos se debe responder en virtud de un factor objetivo de atribución, no admitiéndose la causal de ausencia de culpa para que el gremio, los dirigentes y los participantes se eximan de responsabilidad.

En principio, el factor objetivo, sería el abuso de derecho, sobre todo operara para las huelgas legítimas pero dañosas; es un ejemplo más de responsabilidad por actividad lícita para los que lo admiten.

Asimismo se podría sostener que existe un riesgo potencial en la actividad que emprende el gremio; es una aplicación de la teoría de riesgo de actividad o del creado.

Coincidimos con Carlucci en que la existencia de una relación de causalidad entre los daños y la huelga no se puede negar si la situación se estudia con realismo.

Frente a los terceros habrá que analizar si se admite la causal de fuerza mayor para que el empleador se exima de responsabilidad, o bien que al asimilarlo al caso fortuito debamos exigir que sea extraño a la actividad, extremo que no se cumpliría, a nuestro modo de ver, y por lo tanto deberá responder

También el tercero podría accionar por responsabilidad frente al gremio por los perjuicios que el ejercicio del derecho le ocasiona en virtud de sus propias garantías constitucionales y las normas del CCC. Justamente creo que este está siendo el ámbito más problemático del conflicto pues se trasladó del lugar de trabajo a la calle o con daños a terceros hipervulnerables como los niños

Aclaro que por supuesto que de darse los extremos requeridos serían de aplicación del responsabilidad colectiva de factor de atribución objetiva o los factores subjetivos de Dolo o Culpa según el caso que se plantee pero la regla está dada por ejercicio abusivo de los derechos con un factor objetivo de atribución.

Debemos tener en cuenta una vez más, que nos hallamos en un terreno interdisciplinario, que si bien ha sido abordado, tiene muchos matices que harán que en cada caso concreto la judicatura se expida y

demuestre, junto con los juristas, que sabe dar respuestas a los desafíos de la sociedad actual y no desoye los clamores de su tiempo.

Es de esperar que los congresos y las próximas reuniones vuelvan a abordar la cuestión de los daños ocasionados por las huelgas para poder continuar avanzando por la senda del derecho.

Creemos firmemente que el principio de solidaridad se respeta junto con el de equidad no proclamando que es el costo de vivir en sociedad el soportar los daños sino cumpliendo con el principio de Dignidad de todos los involucrados en el conflicto aun como terceros.